



Roj: **STSJ AND 88/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:88**

Id Cendoj: **29067340012018100061**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2018**

Nº de Recurso: **1843/2017**

Nº de Resolución: **24/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Málaga, núm. 7, 29-06-2017,**
STSJ AND 88/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744S20120011935

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación **1843/2017**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 871/2012

Recurrente: **AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA** y Paulina

Representante: RAQUEL ALARCON FANJUL y MARIA CRISTINA APARICIO DIEZ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA 24/18

En los recursos de Suplicación interpuestos por Paulina y **Ayuntamiento de Estepona** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número siete de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por Paulina sobre despido siendo demandado el **Ayuntamiento de Estepona** habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 29 de junio de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO: En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Dña. Paulina trabaja para el **Ayuntamiento** de **Estepona** con una antigüedad computable de 13 de abril de 2000 funciones de educadora, y con salario a efectos de despido de 2.371,44 euros mensuales.

SEGUNDO.- La actora empezó a trabajar para la empresa Turismo y actividades recreativas de **Estepona** SL, el 13 de abril de 2000 hasta el 12 de octubre.

Posteriormente lo empieza a hacer para Desarrollos Municipales **Estepona** SL, el 13 de octubre de 2000 hasta el 12 de abril de 2001.

Acto seguido lo hace para Servicios Municipales **Estepona** SL desde el 13 de abril de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2011.

El 1 de octubre de 2011 la actora pasa a ser integrada como personal laboral del **Ayuntamiento** de **Estepona**.

TERCERO.- La actora en el año 2011 formó parte del equipo multidisciplinar formado junto a la DUE Dña. Enriqueta el inicio del programa "protocolo de actuación con niños y niñas con sobrepeso en primaria". Igualmente en el seno de dicho equipo además del anterior programa denominado "PANDA", desarrollan talleres de sexualidad así como charlas sobre cambios en la pubertad.

CUARTO.- El **Ayuntamiento** de **Estepona** tramita ERE NUM000 , que finaliza sin acuerdo y en el que se adopta el despido de 176 trabajadores por causas económicas y organizativas aprobando los criterios de selección y quedando incluidos la actora. Dicho ERE finalizó sin acuerdo y consta aportado el CD en f251.

QUINTO.- El 30 de julio de 2012 se entrega a la actora carta de despido derivado de aquel despido colectivo que por su extensión se da por reproducido, que obra en f.13 y ss.

En concreto y en referencia a la actora se indica como causa que prestaba servicios de apoyo al programa de prevención de obesidad infantil y que una redistribución más eficiente conlleva que esa carga de trabajo pueda ser desarrollada por el resto de personal.

SEXTO.- Impugnado el despido colectivo recayó finalmente sentencia de TSJ Andalucía sede en Málaga de 30 de septiembre de 2015 que desestimó las demandas acumuladas presentadas por CCOO, comité de empresa del **Ayuntamiento** de **Estepona**, Csif, y se ha adherido UGT, frente al **Ayuntamiento** de **Estepona**, en las que ha tenido intervención Ministerio Fiscal, declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva de la relación laboral de 176 trabajadores, impugnada en la demanda, y absolvemos al **Ayuntamiento** demandado de las pretensiones deducidas en su contra en esas demandas, sin perjuicio de la posibilidad de que los trabajadores afectados puedan impugnar individualmente la extinción de su contrato de trabajo. Consta en f. 417 que se dan por reproducidos.

SÉPTIMO.- Recurrida en casación se dictó sentencia por el Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2016 que desestimó los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del TSJA, antes referida, y que obran en f. 437 y ss que se dan por reproducidas.

OCTAVO.- Entre los criterios de selección del ERE, f. electrónico .131 del CD del ERE, incorporado en F.251 se incluye:

El criterio 1º se han acordado las necesidades en materia de personal para atender los servicios encomendados a cada área municipal de una manera eficaz y eficiente.

El criterio 9º señala que la categoría de educador se ha extinguido habiéndose respetado aquellas personas que están afectas a subvención vigente de la Junta de Andalucía y habiéndose visto afectadas por tanto 2 trabajadoras 1 perteneciente a guardería que por las causas del punto 8 se extingue y la otra por extinción de este colectivo.

NOVENO.- Por ello las tres educadoras con categoría titulaciones grado medio incluida la actora se despiden.

En el organigrama del departamento de prevención desde el curso 2012 y tras el despido de la actora el equipo solo lo forma la DUE Enriqueta que sigue desarrollando distintas actividades talleres, programa incluido el PANDA, charlas y cursos formativos (F.385 y ss.).

La actora del 25 de noviembre de 2014 al 17 mayo de 2015 ha trabajado como monitora de psicomotricidad en el **Ayuntamiento**. Por otro lado éste cuatro años después del despido ha efectuado una contratación temporal vinculado a una subvención autonómica a una educadora para el programa equipo de tratamiento a familias con menores en situación de riesgo de desprotección.

DÉCIMO.- Cuando la actora empezó a trabajar en Servicios Municipales **Estepona** las nóminas le reconocían la antigüedad de 13 de abril de 2001. Al integrarse, como el resto del personal laboral de las sociedades

municipales en el **Ayuntamiento** de **Estepona**, no comunica al **Ayuntamiento** que con carácter previo al inicio de la relación para servicios municipales de **Estepona** había trabajado un año antes desde el 13 de abril de 2000 en otras 2 empresas municipales (Turismo y Actividades Recreativas de **Estepona** y Desarrollo Municipales de **Estepona** SL).

Cuando se inicia el ERE NUM000 , el inicio del periodo de consulta ya aportaba el listado de 176 trabajadores nominativos como afectados con categoría, antigüedad y salario. Se envió una circular a todos ellos para que pudieran efectuar alegaciones. Y específicamente ante la posibilidad de que pudiera haber error en la antigüedad por el tiempo de prestación de servicios en sociedades municipales se les pedía se aportaran vida laboral. Esta audiencia fue motivo de impugnación del despido colectivo al entenderse que afectó al periodo de consultas porque condicionó la imposibilidad de un acuerdo entre los trabajadores al saberse quien iba a ser afectado, desestimándose dicho motivo por ser signo de transparencia,(FD 10º STSJ 30 septiembre 2015, F.433 reverso).

En el periodo de consultas en la reunión de 20 de junio de 2012 se explica el contenido y finalidad de dicha audiencia cuestionándose dónde iban a resolver las alegaciones al listado y respondiendo Sr. Jose Luis que "La circular obedece a la confusión de los empleados a raíz de una reciente sentencia entre antigüedad y reconocimiento de servicios previos así como poder contestar a las alegaciones razonadamente, también recuerda que el hecho de publicar tanto los criterios como el listado nominativo previo es un ejercicio de transparencia...se han hecho alegaciones a la misma sin apoyarse en documentos por eso ha sido pedir la vida laboral y se ha hecho a todos los afectados porque si se hubiese incluido a alguien incorrectamente se deberá valorar a efectos de exclusión o inclusión ". La sra. Amelia hace notar que "están llegando bastantes alegaciones y se curaban en salud pidiendo a todos el informe de vida laboral", f.281-282.

Al finalizar la reunión de 3 de julio preguntado por las alegaciones contesta el Sr. Jose Luis "antes del sábado tendrá la respuesta pero que no afectará a más de cinco o seis trabajadores y que se darán a conocer a la comisión".

La actora no hizo alegaciones ni a su inclusión ni a las condiciones laborales con las que aparecía en el listado incluido la antigüedad de 13 de abril de 2001.

El Secretario General del **Ayuntamiento** de **Estepona** certifica el 6 de octubre de 2014 que la actora fue subrogada de la empresa servicios municipales **Estepona** SL, que tenía reconocida antigüedad 13 de abril de 2001, y en la categoría profesional de educadora desde el 1 de abril de 2007, conforme a estipulación 4ª del convenio de subrogación de los trabajadores de las empresas municipales de **Estepona** en la plantilla del personal laboral del **Ayuntamiento**.

El Secretario General del **Ayuntamiento** certifica el 6 de julio de 2016 que la actora había estado del 13 de abril del 2000 al 30 de marzo de 2007 en sociedades municipales como auxiliar administrativo y desde el 1 de abril de 2007 al 30 de septiembre de 2011 como educadora, pasando al **Ayuntamiento** el 1 de octubre de 2011 hasta el 31 de julio de 2012 como educadora. Y por último entre el 25 de noviembre de 2014 al 17 de mayo de 2015 como monitora de psicomotricidad.

UNDÉCIMO.- Los apartados 1 y 2 del artículo 26, cuyo epígrafe es "Garantías en el empleo", del Convenio Colectivo del personal laboral del **Ayuntamiento** de **Estepona**, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el 13 de noviembre de 2008, dicen así: 1. *En caso de ser declarado un despido improcedente, el/ la trabajador/a tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión.* 2. *Si el despido fuese por causas fundamentadas en los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores , el mismo será considerado nulo, procediéndose a la readmisión .*

DÉCIMO SEGUNDO.- Figura agotada la vía administrativa previa, el 14 de agosto de 2012.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunciaron Recurso de Suplicación la parte actora y demandada, recurso que formalizó, siendo impugnados de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La sentencia de instancia desestima la demanda sobre despido promovida por la actora y declara la procedencia de la extinción del contrato por causas objetivas acordada por el **Ayuntamiento** demandado, si bien el mismo deberá completar la indemnización entregada a la actora, abonando a la misma la cantidad de 1664,66 €, en concepto de diferencias en el importe de la indemnización. Contra dicha sentencia interponen recurso de suplicación tanto la representación de la actora, como la del **Ayuntamiento** demandado.



SEGUNDO: La representación de la trabajadora formula un primer motivo de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, pretendiendo las siguientes modificaciones fácticas: A) Modificación del hecho probado décimo en el sentido de hacer constar que la actora si realizó alegaciones a su inclusión y a las condiciones laborales con las que aparecía en el referido listado, haciendo constar en dichas alegaciones que su antigüedad era de 13 de abril de 2000, no recibiendo contestación por parte del **Ayuntamiento de Estepona**; y B) Redacción alternativa del hecho probado tercero, el cual quedaría el siguiente tenor literal: "La actora en el año 2011 formó parte del equipo multidisciplinar formado junto a la DUE Enriqueta para el inicio del programa "protocolo de actuación de niños y niñas con sobrepeso en primaria". Igualmente en el seno de dicho equipo, además del anterior programa denominado PANDA, desarrollaban la campaña ACTUA, programa de cambios en la pubertad, programa de estudio asistido, taller en el uso de las nuevas tecnologías, taller de sexualidad con familias, taller de sexualidad con ANEAE, sexualidad programada de cualificación profesional inicial".

Debe desestimarse la modificación fáctica solicitada en el apartado A), pues la misma no encuentra debido apoyo en prueba documental que ponga de manifiesto de una manera directa e inequívoca, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos, aquello que se pretende incorporar al relato fáctico, esto es que la actora realizó alegaciones a su inclusión y a las condiciones laborales con las que aparecía en el listado efectuado por el **Ayuntamiento** con anterioridad al despido colectivo acordado por el mismo; siendo de resaltar que la parte recurrente no cita ni un sólo documento en apoyo de su pretensión revisoria. Asimismo, debe desestimarse la modificación fáctica solicitada en el apartado B), ya que la misma resulta intrascendente a los fines discutidos en la presente litis, dado que en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia ya se reconoce que la actora prestó sus servicios además de en el denominado programa PANDA en otros programas referidos a talleres de sexualidad, así como en charlas sobre cambios en la pubertad.

TERCERO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula por la actora su segundo motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 26, 53.1.b), 55.3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como de la jurisprudencia que señala en relación al tiempo de servicios o antigüedad. Alega la parte recurrente que la diferencia en la cuantía de la indemnización puesta a disposición de la trabajadora constituye un error inexcusable por parte de la empresa, por lo que debe declararse la improcedencia de la extinción del contrato por causas objetivas, por incumplimiento del requisito de puesta a disposición de la indemnización, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

El artículo 53.1.b) del Estatuto establece como requisito formal de la extinción del contrato por causas objetivas la puesta a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; señalando el número 4 de dicho artículo que la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se hubiese puesto a disposición del trabajador en el momento de entrega de la comunicación escrita la indemnización antes reseñada, si bien el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario del pago de la indemnización en la cuantía correcta. Así pues, el problema a resolver en el presente recurso se reduce determinar si el error en el cálculo de la indemnización debe considerarse o no excusable, pues únicamente cuando así se considere dicho error no conllevará la declaración de improcedencia del despido. Reiterada doctrina jurisprudencial ha venido declarando que la valoración del carácter excusable del error debe estar presidida por el criterio de la buena fe, debiendo entenderse que bajo la expresión error excusable deben incluirse tanto los errores de cálculo aritmético, como las divergencias en los parámetros a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización (antigüedad y salario), de tal manera que sólo cuando las diferencias sobre los mismos obedezcan a motivos razonables cabe aceptar el error que no supone la declaración de improcedencia del despido.

Pues bien, en el presente caso el error en el cálculo de la indemnización estuvo motivado por una discrepancia en la fecha de antigüedad de la trabajadora, ya que el **Ayuntamiento** consideraba que debía ser la de 13 de abril de 2001, fecha en que la trabajadora comenzó a prestar servicios para la empresa Servicios Municipales **Estepona S.L.**, empresa para la que prestó servicios ininterrumpidamente hasta el 1 de octubre de 2011 en que se integró como personal laboral del **Ayuntamiento de Estepona**, mientras que la sentencia de instancia fija dicha fecha en el 13 de abril de 2000, fecha en la que suscribió un primer contrato con la empresa Turismo y Actividades Recreativas de **Estepona S.L.**; siendo de resaltar que la diferencia en el importe de la indemnización asciende a 1664,66 €, pues la indemnización puesta a disposición de la trabajadora ascendió a la cantidad de 17.917,52 €, mientras que la que legalmente correspondía ascendía a 19.582,18 €. Resulta evidente que la antigüedad de la actora a tener en cuenta a los efectos del cálculo de la indemnización por extinción del contrato por causas objetivas debe ser la fijada en la sentencia de instancia de 13 de abril de 2000, estando ello



expresamente reconocido por la indicada sentencia y no discutiéndose en el recurso, pero esto por si mismo no es suficiente para considerar que nos encontremos ante un error inexcusable por parte del **Ayuntamiento** demandado que acordó el despido objetivo de la actora, pues, como acertadamente señala la sentencia de instancia, las sociedades municipales tenían personalidad jurídica propia por lo que el **Ayuntamiento** no podía acceder a la vida laboral del trabajador antes de la integración y cuando se produce la misma figuraba en las nóminas de la trabajadora como antigüedad la de 13 de abril de 2001, sin que la trabajadora en ningún momento comunicase al **Ayuntamiento** que su antigüedad era mayor y sin que tampoco conste que efectuase alegaciones al listado de trabajadores con sus correspondientes datos de antigüedad y salario que el indicado organismo demandado puso en conocimiento de los trabajadores en el marco del despido colectivo tramitado. En definitiva, la trabajadora tuvo la posibilidad de alegar ante el **Ayuntamiento** que su antigüedad era mayor a la que figuraba en el referido listado, por lo que si no utilizó el trámite de alegaciones iniciado al respecto, no puede posteriormente alegar que el error en la fecha de antigüedad de la actora es inexcusable para la empresa, pues la misma ponía estar en la legítima creencia de que la antigüedad real de la trabajadora era la que figuraba en el listado no impugnado por la misma. En consecuencia, aunque es cierto que la cantidad puesta a disposición de la trabajadora en el momento de entrega de la comunicación escrita no era la correcta, hemos de entender que existió error excusable en el cálculo de la indemnización, tal y como hemos razonado anteriormente, por lo que en principio la extinción del contrato debe calificarse como procedente, de conformidad con lo previsto en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores , si bien la empresa demandada deberá abonar a la actora la cantidad de 1664,66 €, importe de la diferencia entre la indemnización abonada a la trabajadora y la que legalmente correspondía conforme a la antigüedad de la misma a tener en cuenta. Todo lo anterior no lleva a desestimar este motivo de suplicación.

CUARTO: Que con idéntico amparo procesal, se denuncia por la representación de la trabajadora recurrente la infracción del artículo 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores . Alega la parte recurrente que en todo caso la extinción del contrato por causas objetivas de la actora debe ser calificada como un despido improcedente, pues la actora no sólo prestaba servicios en el ámbito del denominado Programa PANDA, sino que también lo hacía en el ámbito de otros programas diferentes.

De entrada, hemos de indicar que la presente extinción del contrato por causas objetivas de la actora deriva de un previo despido colectivo acordado por el **Ayuntamiento de Estepona**, el cual fue impugnado en su momento por la vía del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , dictándose con fecha 30 de septiembre de 2015 sentencia por esta Sala de lo Social por la que se declaraba ajustada a derecho la decisión extintiva de la relación laboral de 176 trabajadores (entre ellos la actora) y se absolvía al **Ayuntamiento** demandado; siendo confirmada dicha resolución por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2016 . Por tanto, dicha sentencia firme dictada en el proceso de impugnación del despido colectivo tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso de impugnación del despido colectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 124.13.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Ello quiere decir que en la presente litis no se puede discutir ni la concurrencia de la causa del despido objetivo, ni los criterios de selección de los trabajadores establecidos en el despido colectivo, dado que estas cuestiones ya fueron examinadas y resueltas en el anterior procedimiento de impugnación de dicho despido colectivo.

Una vez sentado lo anterior, aduce la parte recurrente que no solamente prestaba servicios en el ámbito del denominado Programa PANDA, sino que también lo hacía en otros programas distintos o diferentes, por lo que había carga de trabajo suficiente para el mantenimiento de su puesto y no era necesario acudir al despido objetivo de la misma. Ahora bien, no puede acogerse la pretensión de la actora, pues la ejecución del despido se ajusta al criterio noveno del ERE, en virtud del cual se procedería al despido de todos los educadores, entre los que se encontraba la actora, sin que este criterio de selección acordado en el despido colectivo pueda ser discutido ahora en la impugnación del despido individual de la demandante. En definitiva, habiéndose acordado en el despido colectivo que se procedería al despido de todos los educadores que prestaban servicios para el **Ayuntamiento** y habiéndose declarado por sentencia firme dictada en el procedimiento de despido colectivo que dicho criterio de selección era correcto y que efectivamente concurrían causas suficientes para el despido colectivo, ello no puede ser ahora discutido en el despido individual de la actora, siendo indiferente a estos efectos que la misma prestase servicios exclusivamente en el marco del programa denominado PANDA o también los prestase en otros programas diferentes. Todo lo anterior no lleva a desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la actora, confirmando la sentencia de instancia en lo referente a la calificación como procedente de la extinción del contrato por causas objetivas de la trabajadora.

QUINTO: La representación del **Ayuntamiento de Estepona** interpone asimismo recurso de suplicación, formulando un único motivo para denunciar la infracción de de los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 124.13 b) 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en relación con el artículo 26.2

del Convenio Colectivo del **Ayuntamiento de Estepona**, que se habría cometido en el quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida, al considerar que el referido artículo convencional constituye una mejora, sobre la regulación legal del despido, para el personal laboral del **Ayuntamiento** demandado, argumentando que las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2015 han señalado que las causas de nulidad del despido están tasadas en la ley

El texto del artículo 26 del Convenio Colectivo del personal laboral del **Ayuntamiento de Estepona**, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el 13 de noviembre de 2008, aparece reseñado en el hecho probado décimo primero de la sentencia recurrida.

En relación con ese precepto convencional, el penúltimo párrafo del quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida afirma textualmente: <Si lo anterior se conecta con el art. 26.2 del Convenio...de prosperar la demanda el despido debiera ser nulo (en realidad los mismos efectos tendría en caso de improcedencia porque la opción correspondería al trabajador que ya ha anticipado su opción por la readmisión)>. Y en el siguiente párrafo se afirma que la cuestión carece de virtualidad práctica ya que en la sentencia se desestima la demanda al entenderse que el despido era ajustado al expediente de regulación de empleo.

Del artículo 197.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se derivaría que el **Ayuntamiento** demandado podría formular en el escrito de impugnación del recurso de suplicación una causa de oposición a la demanda subsidiaria aunque no hubiese sido estimada en la sentencia recurrida, y, así, denunciar infracción de los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 124.13 b) 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 26.2 del Convenio Colectivo del **Ayuntamiento de Estepona** para el supuesto de que la Sala declarase improcedente el despido del demandante. Esa causa de oposición subsidiaria debería haber sido analizada por la Sala en el supuesto de haber estimado el recurso de suplicación del demandante.

Pero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el **Ayuntamiento de Estepona** también se encuentra legitimado para impugnar el contenido del quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida, en el que se analiza el referido precepto convencional.

Aunque ciertamente el recurso de suplicación se da contra el fallo, y no contra los razonamientos jurídicos que no han tenido incidencia en el mismo, en cualquier caso, y puesto que por la sentencia recurrida se declara que la extinción del contrato del demandante por causas objetivas es procedente y se desestima la demanda, están fuera de lugar las referencias contenidas en el quinto fundamento de derecho respecto de la interpretación del artículo 26 del Convenio Colectivo citado. Ello debe dar lugar a la estimación del recurso de suplicación del **Ayuntamiento de Estepona**, dejando sin efecto los razonamientos contenidos en el quinto fundamento de derecho relativos al referido precepto convencional

SEXO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la estimación del recurso de suplicación del **Ayuntamiento** demandado conlleva que no se haga especial imposición de las costas procesales devengadas en el mismo.

FALLAMOS

Que debemos **estimar** y **estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por **Ayuntamiento de Estepona**, se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por Doña Paulina, y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número siete de Málaga, de 29 de junio de 2017, dictada en el procedimiento 873-12, si bien suprimiendo en el quinto fundamento de derecho de la misma todo lo relativo al artículo 26 del Convenio Colectivo del personal laboral del **Ayuntamiento de Estepona**.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Líbrense certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.